



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11080.004264/2003-67
Recurso nº 139.681 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.021 – 3ª Turma Especial
Sessão de 06 de julho de 2009
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente BRASIL MARASCHIN INDÚSTRIA DE SABÕES LTDA.
Recorrida DRJ-PORTO ALEGRE/RS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2002

AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO

A não confirmação da compensação de débitos da contribuição, em face da insuficiência de créditos, enseja a lavratura de auto de infração para formalização de sua exigência.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de juros de mora sobre débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais é cabível. (Súm. 2º CC nº 3)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2002

ÔNUS DA PROVA. FATO MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AUTUAÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da **TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ALEXANDRE KERN
Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Ivan Allegretti, Hécio Lafetá Reis e Daniel Maurício Fedato. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Henrique Martins de Lima.

Relatório

BRASIL MARASCHIN INDÚSTRIA DE SABÕES LTDA. foi autuado pela fiscalização da DRF/POA (fls. 6 e 7) em razão da constatação de falta de recolhimento de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins do mês de janeiro de 2002, na medida em que compensou créditos judiciais de FINSOCIAL em valores maiores que os reconhecidos em decisão judicial. A exação montou a R\$ 8.106,74.

Sobreveio a impugnação de fls. 200 a 203. A DRJ/POA 2ª Turma houve por bem em julgar o lançamento parcialmente procedente, apenas para excluir a aplicação da multa de lançamento de ofício, por retroação da norma penal mais benigna do art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com a redação que lhe foi dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004. A autoridade julgadora de 1ª instância também considerou haver concomitância entre processos judicial e administrativo naquilo que dizia respeito à base de cálculo da contribuição (art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, 27 de novembro de 1998), em face da Ação Ordinária nº 2005.71.00.043709-0, de modo que não conheceu da impugnação nesse aspecto. O Acórdão nº 10-9.158, de 31 de julho de 2006, da DRJ/POA, fls. 263 a 267, teve ementa vazada nos seguintes termos:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/200

COFINS - CRÉDITOS DE FINSOCIAL INSUFICIENTES - MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO - Havendo sido realizado a apuração do valor recolhido e a restituir de FINSOCIAL nos termos da decisão judicial e sendo este insuficiente para compensar com os débitos de COFINS apontados para compensação, deve-se manter a tributação sobre débitos a descoberto de COFINS, até porque o contribuinte não consegue apontar o erro de cálculo no procedimento fiscal.

MULTA DE OFÍCIO - RETROAÇÃO BENIGNA - MULTA DE MORA - Não se encontrando o contribuinte nas hipóteses citadas na nova determinação normativa, deve-se, pela aplicação retroativa, nos termos do art.106, inciso II, alínea “c” do CTN, reduzir a multa de ofício para multa de mora.

AÇÃO JUDICIAL - ANTES OU DEPOIS DA AUTUAÇÃO - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - A existência de questionamento judicial, independente de ser antes ou depois da autuação fiscal, acarreta a renúncia da esfera administrativa, segundo o Ato Declaratório COSIT (Normativo) nº 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996.

Lançamento Procedente em Parte”.

Cuida-se agora de recurso voluntário (fls. 276 a 280) interposto pelo autuado, por meio do qual, após resumo dos fatos, formula as seguintes alegações:

- a) De que procedeu às compensações do direito creditório judicialmente reconhecido nos estritos termos da sentença, até o seu exaurimento;
- b) De que a aplicação de multa de lançamento de ofício é ilegal, pois o contribuinte não estava em mora, mas respaldado por decisão judicial, conforme precedentes judiciais que entende amparar sua tese;
- c) De que o acréscimo de juros de mora é ilegal, afrontado o Decreto nº 22.626, de 1933, e a Súmula STF nº 121.

Requer provimento para o fim de cancelamento do auto de infração.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE KERN, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 273 a 280 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-POA nº 10-9.158, de 31 de julho de 2006.

Deixo de conhecer as razões recursais atinentes à aplicação da multa de lançamento de ofício, posto que a mesma já foi cancelada pelo colegiado de piso.

Da falta de recolhimento da Cofins

Como já relatado, o ora recorrente foi autuado por ter procedido à compensação de débitos da contribuição em valores que sobejaram ao montante do direito creditório reconhecido judicialmente, segundo os cálculos constantes do demonstrativo de fls. 161 a 171. Contra essa imputação o recorrente opõe a alegação de que estava amparado por decisão judicial e que procedeu às compensações até o exaurimento do crédito, sempre em consonância com a decisão judicial. O recorrente, no entanto, não refuta os cálculos da Fiscalização, limitando-se às referidas alegações.

Segundo o sistema de distribuição da carga probatória adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.”

(CPC): No mesmo sentido o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais.(HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)”.

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste

anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ – PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)”.
“*

Assim, tenho como correto o lançamento de ofício das diferenças de contribuição que emergiram inadimplidas porque indevidamente compensadas.

Dos acréscimos legais

No que diz respeito ao acréscimo de juros de mora calculados pela taxa Selic, a matéria já tem entendimento pacificado, plasmado na Súmula nº 3 do Segundo Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, abaixo transcrita:

“É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

Conclusões

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2009.


ALEXANDRE KERN